



Roj: **STS 1031/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1031**

Id Cendoj: **28079120012021100234**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2021**

Nº de Recurso: **2396/2019**

Nº de Resolución: **240/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 240/2021

Fecha de sentencia: 17/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2396/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2396/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 240/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 17 de marzo de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Dña. Trinidad**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 22 de marzo de 2019, que estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación del acusado D. Luis Angel frente a la sentencia de fecha 20 de marzo de 2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que le absolvió del delito de abuso sexual del que venía siendo acusado, siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando dicha recurrente Acusación Particular representada por la Procuradora Dña. Marta Hernández Torrego y bajo la dirección Letrada de Dña. Blanca Esther Butragueño Morales y el recurrido acusado D. Luis Angel representado por el Procurador D. Benjamín González López y bajo la dirección Letrada de Dña. Antonia Ramos Fuentes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 5 de DIRECCION000 incoó Procedimiento Abreviado con el nº 783/2017 contra Luis Angel, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, que con fecha 20 de marzo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Probado y así se declara que Luis Angel, cuyos datos de filiación constan, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, tras haber mantenido una relación sentimental y de convivencia con Trinidad, tuvo una hija en común, nacida el NUM000 de 2010, Isabel. Tras separarse judicialmente Luis Angel de Trinidad, le fue reconocido el derecho de visitas a su hija Isabel los fines de semana alternos y todos los miércoles desde que la niña cumplió tres años, a partir de la salida del colegio de la menor hasta las 19:30 horas. Luis Angel en varias ocasiones no determinadas pero anteriores al 11 de junio de 2015, aprovechando el derecho de visitas y con ocasión del baño de la niña en la pernocta de la menor, sometió a su hija a tocamientos en la zona genital, lo que ocasionó infecciones en Isabel, que produjeron en la niña dolor y picor en sus genitales por lo que al acudir a la casa materna se quejaba ante su madre y hermana, señalando en repetidas ocasiones como su padre le tocaba "el chochete" y le hacía daño, siendo diagnosticada en el Centro de Salud DIRECCION001 de DIRECCION000: el 26 de abril de 2012 de "candidiasis" al presentar lesiones blanquecinas en región genital con irritabilidad; el 12 de enero de 2015, de vulvovaginitis; el 11 de mayo de 2015 presentó moluscos en zona del coxis, brazos y zona genital; y el 11 de junio de 2015 presentó "vulvovaginitis y sinequia vulvar de unos 2 cm que cubre gran parte del introito vaginal. Infección esta última por la que la madre decidió denunciar el abuso al considerarlo verosímil. Luis Angel presentó el 9 de marzo de 2012 prurito en región testicular con lesiones con costra, E.F pequeñas pápulas violáceas una con costra, pautando fucidine y crema hidratante".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Luis Angel, cuyos datos de filiación constan, mayor de edad y sin antecedentes penales, como autor responsable de un delito de abuso sexual ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal a la pena de cinco (5) años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y al pago de las costas procesales. Prohibición a Luis Angel de acercamiento a su hija Isabel a una distancia inferior a 500 m; y Prohibición de comunicación con ella por cualquier medio por tiempo de nueve años. Así como medida de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena de privación de libertad por el tiempo de cinco años y a la Privación de la Patria Potestad de Luis Angel respecto de su hija Isabel por el tiempo de seis años, prohibición que implica la pérdida conforme señala el artículo 46 del citado Código Penal de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular la hija respecto del penado. Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que contra la misma podrán interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dentro de los diez días siguientes a la última notificación de la misma, en la forma prevista en los artículos 846 bis b) y 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Recurrida en apelación la anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 22 de marzo de 2019 dictó sentencia que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"QUE ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. BENJAMÍN GONZÁLEZ LÓPEZ, en nombre y representación de Luis Angel, frente a la sentencia de fecha 20 de marzo de 2018, dictada por la Sección nº 2 de la Audiencia Provincial de Madrid, en autos de Procedimiento Abreviado nº 783/2017, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la citada resolución, ABSOLVIENDO a Luis Angel del delito por el que viene condenado. Se declaran de oficio las costas de la primera instancia, sin hacer expresa imposición de costas en esta segunda instancia. Notifíquese la presente resolución a las partes y con certificación de la



misma, una vez sea firme, devuélvanse los autos al órgano judicial de referencia. Librese por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de este Tribunal certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al Libro de Sentencias penales de esta Sala. Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación, ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de conformidad con el art. 792. 4 en relación con el art. 847. 1 b) de la L.E.Crim., con sujeción a lo previsto en el art. 855 y ss. de la L.E.Crim., formulando la petición a que se refiere el art. 855 mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación de la Acusación Particular **Dña. Trinidad**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Dña. Trinidad**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por vulneración a la tutela judicial efectiva y ponderación no racional de la prueba en relación con el artículo 5.4 L.O.P.J., por infracción de la exigencia contenida en el art. 120.3 y 24.1 de la C. E.

Segundo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 183.1 y 4 d) del C. Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la representación del recurrido acusado D. Luis Angel, que se opuso al recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 16 de marzo de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación **Trinidad** (acusación particular), contra la Sentencia Nº 51/2019, dictada el día 22 de marzo de 2019, por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid, resolviendo un recurso de apelación contra la sentencia Nº 200/2018 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid.

SEGUNDO.- 1.- Por vulneración a la tutela judicial efectiva y ponderación no racional de la prueba en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ, por infracción de la exigencia contenida en el artículo 120.3 y 24.1 de la Constitución Española.

Efectúa el recurrente la queja casacional en cuanto a que la sentencia recurrida del TS absuelve al acusado por el delito de abuso sexual por el que había sido condenado por la Audiencia Provincial de Madrid y que para acordar la revocación el TSJ, ha procedido a hacer una valoración de las pruebas cuya práctica no se realizó en su presencia, especialmente las de carácter personal, que el Tribunal de instancia en todo momento ajustó su resolución a las reglas de la lógica, no desconoció injustificadamente las máximas de experiencia, no ignoró los conocimientos científicos, por lo que la valoración de la prueba que realizó la Audiencia Provincial no fue manifiestamente errónea, caprichosa, o absurda. Que además realizó una nueva valoración de la declaración de la pediatra y no tuvo en cuenta el resto de las pruebas.

La queja del recurrente se ubica en volver a plantear las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal para dictar la condena y la queja de la revisión que lleva a cabo el TSJ en su sentencia.

Pues bien, lo que lleva a cabo el TSJ es poner de manifiesto que la prueba desplegada en el juicio oral, no era suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia y lo que hace es analizar la racionalidad de la valoración de la prueba que lleva a cabo el tribunal de instancia.

Pero es que, además, dado que la sentencia que es objeto de casación es la del tribunal de instancia debemos considerar que los hechos probados que llegan a la casación son los de ésta al haber revocado la sentencia y dictar una absolutoria con los siguientes hechos probados:

"Probado y así se declara que **Luis Angel**, cuyos datos de filiación constan, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, tras haber mantenido una relación sentimental y de convivencia con **Trinidad**, tuvo una hija en común, nacida el **NUM000** de 2010, **Isabel**. Tras separarse judicialmente **Luis Angel** de **Trinidad**, le fue reconocido el derecho de visitas a su hija **Isabel** los fines de semana alternos y todos los miércoles desde que la niña cumplió tres años, a partir de la salida del colegio de la menor hasta las 19:30 horas.



Siendo diagnosticada en el Centro de Salud DIRECCION001 de DIRECCION000 : el 26 de abril de 2012 de "candidiasis" al presentar lesiones blanquecinas en región genital con irritabilidad; el 12 de enero de 2015, de vulvovaginitis; el 11 de mayo de 2015 presentó moluscos en zona del coxis, brazos y zona genital; y el 11 de junio de 2015 presentó "vulvovaginitis y sinequia vulvar de unos 2 cm que cubre gran parte del introito vaginal.

NO HA QUEDADO ACREDITADO que Luis Angel sometiera a su hija Isabel , a tocamientos en la zona genital, con ánimo de satisfacer un ánimo libidinoso."

En consecuencia, hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Además, como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".



Además, el hecho de que el pronunciamiento cuestionado sea absolutorio exige hacer una primera consideración.

De conformidad con una jurisprudencia reiterada de esta Sala -de conformidad con la jurisprudencia del TEDH y del TC- la posibilidad de reemplazar una sentencia absolutoria por otra de condena queda limitada exclusivamente a los supuestos en los que el hecho probado declarado en la instancia permanezca incólume y el debate se ciña exclusivamente al juicio de subsunción. La posibilidad de convertir una sentencia absolutoria en condenatoria en esta instancia casacional solo sería pues posible después de realizar un control de legalidad respecto al juicio de subsunción, sin modificar los hechos probados y sin apreciar elementos subjetivos del delito.

Recuerdan las SSTs 892/2016, 25 de noviembre, 421/2016, 18 de mayo, 22/2016, 27 de enero, 146/2014, 14 de febrero, 122/2014, 24 de febrero, 1014/2013, 12 de diciembre, 517/2013, 17 de junio, 400/2013, 16 de mayo, etc. (con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril, entre otras), que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE, es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifiquen también el ordenamiento procesal penal.

En esta línea y específicamente sobre la posibilidad de revisar en casación el tipo subjetivo del delito, declaraba la STC 37/2018, de 23 de abril, lo siguiente: "(...) también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de intermediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado" (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4)".

Tal ampliación, continúa el Tribunal Constitucional, "era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España, § 31. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46)".

En el marco expuesto, que impone la absoluta necesidad de respetar el hecho probado, que ha de mantenerse incólume, como presupuesto indispensable para la revocación en esta instancia de un pronunciamiento absolutorio, el recurso, como hemos adelantado, debe ser desestimado, confirmándose en consecuencia la sentencia recurrida.

En efecto, a la vista de la *factum* de la resolución recurrida, que no olvidemos que es la del TSJ, hemos de concluir que no se expresan en él en modo alguno los datos fácticos precisos para concluir la existencia de un delito de abuso sexual según el relato de hechos probados que se acaba de precisar.

La valoración del TSJ a raíz del recurso de apelación expone los siguientes extremos que determinan que se cuestione profundamente que, en efecto, haya existido prueba de cargo bastante para condenar como sistematizamos a continuación, a saber:

"1.- De la propia exploración y del testimonio de la madre y hermana de la menor, se alcanza la impresión de ésta ha estado sometida a la presión, que no decimos fuera intencionada, de que contara a dichos testigos lo ocurrido, no tanto como un relato espontáneo, a partir de que la menor no se dejaba lavar o secar su zona genital, sino acerca de si dichas molestias eran consecuencia de la conducta del acusado.



2.- Respecto a la declaración de la menor del momento del baño "si bien relata unos determinados hechos y conducta del acusado, circunscrita únicamente a los momentos en que éste bañaba a la misma, no queda clarificado o despejado un sentido unívoco de dichos actos, en cuanto que únicamente fueran manifestación de una conducta libidinosa del acusado, actuando sobre los genitales de la menor y no tuvieran, por el contrario, un significado más inocuo, penalmente hablando, en cuanto propios de la acción habitual y socialmente aceptable, de que un progenitor bañe a un/una hijo/a, incluyendo que tras el baño le aplique algún producto ad hoc para el cuidado de la piel, en general o específico, si como es el caso presente, la menor presentaba una infección genital."

3.- La menor manifiesta que no le gustaba que le "arrascase". En cualquier caso no indica ningún otro tipo de tocamientos o introducción del dedo en la zona vaginal.

La niña padecía una infección fúngica, que hacía que le picase en su zona íntima, por lo que también ella reconoce que se rascaba.

4.- Las expresiones que usa la menor y los gestos que identifican dicha acción por parte del acusado, no necesariamente tienen una connotación de índole sexual, pudiendo también hacer referencia, en igualdad de significado, a juicio de la Sala, al hecho de frotar a la menor, ya con la esponja al lavarle la zona genital, ya incluso con un dedo o dedos dicha zona, para aplicarle la crema -en realidad jabón pediátrico-, según aclaró la testigo Sra. Elisenda. Bien puede ser que, porque el acusado fuera menos delicado al lavarle o aplicarle el jabón en la zona vaginal, que su madre o la abuela, o porque al padecer la infección la zona estuviera más sensible, que la menor se quejara y no quisiera que le "arrascase".

No puede descartarse, so pena de aceptar la interpretación más desfavorable para el reo, cualquiera de las significaciones de la acción del acusado, tal como la relata la menor. La falta de una mayor concreción de lo que para la menor significaba que su padre le rascara el "chochete" impide darle, a su vez, el significado típico y antijurídico, que requiere el delito de abuso sexual

5.- Las testificales, que con carácter de prueba periférica, es tomada en consideración por el Tribunal a quo, tampoco, a juicio de esta Sala, permiten verificar un determinado sentido unívoco de la acción que se imputa al acusado.

a.- Tanto la declaración de la madre de la menor Sra. Trinidad, como de la hermana, tan solo, en su condición de testigos de referencia, trasladan al Tribunal lo que les contó la menor, sin añadir nada más sobre los episodios enjuiciados que no haya sido manifestado por la propia menor, por lo que respecto del significado o contenido penalmente relevante o no, en los términos ya analizados anteriormente, nada clarifican.

b.- La menor padeció, en las fechas igualmente indicadas, diversas infecciones: candidiasis, vulvovaginitis, mollusco en zona del coxis, brazo y zona genital y vulvovaginitis y sinequia vulvar.

6.- La testifical ofrecida por Elisenda, a la sazón enfermera que vio en alguna ocasión a la menor, viene a confirmar que ésta padeció una vulvovaginitis, que es una irritación de la zona vaginal, pudiendo deberse a diversas causas, desde el hecho del roce de la zona, bien sea por la acción del frote de los dedos, sin que quepa, apuntamos, concretar en que lo realice un tercero, pues también puede serlo por la propia paciente y así lo reconoció la menor -que también se rascaba-, por el roce con una silla o del pañal, hasta ser debido a la presencia de hongos o bacterias, lo que no podía determinar la testigo cuando la examina. También aclaró que lo que le recomendó a la madre de la menor fue un jabón pediátrico.

7.- La testigo Felisa, pediatra de la menor, confirma los diagnósticos de las infecciones ya reseñadas, dando una explicación sobre las mismas.

Respecto de la vaginitis explica que es una inflamación de la vulva por mala higiene, por irritación, que puede asociarse a infección por cándidas u otros hongos, pudiendo favorecer el contagio una irritación de la piel. Señala que no puede saberse cuál es la causa. Los hongos se contagian por tocamiento o contacto.

La cándida es un hongo frecuente en la zona vulvar de mujeres y niñas, pudiendo ser contagiado el paciente por alguien cercano que lo tenga, pero también puede darse sin que alguien del entorno cercano la tenga.

En cuanto a la sinequia consisten en la fusión de los labios menores, siendo frecuente su causación por irritación de la zona, por falta de higiene, candidiasis, infecciones dermatológicas, uso de pañal, déficit de estradiol, circuncisión femenina, y también por abuso sexual, aunque no es causa obligada, matiza la testigo. La aparición de las sinequias es habitual en el período lactante.

Su testimonio, nuevamente hay que destacar que es de referencia, que podríamos calificar como de segundo grado, ya que lo conoce por lo que le contó la madre y no directamente por la menor, por lo que, a juicio de esta Sala, aún menos puede apoyarse en su testimonio la resolución del verdadero significado o alcance de



lo manifestado por la menor, de lo que pudieron aportar las testificales de la madre y hermana de la menor, a cuya valoración nos remitimos.

Aun cuando no quepa duda de que la menor padeció las diversas infecciones y proceso de sinequia, en todos los casos la testigo apunta la circunstancia previa y favorecedora de una irritación de la zona genital, bien que en relación con la candidiasis no tenía la piel irritada, según constata de la historia clínica, ya que la testigo no la vio, personalmente. Dicha irritación lo es por frotamiento.

La declaración de la testigo no permite razonablemente afirmar que las infecciones padecidas y la sinequia, por lo demás incipiente, tenga si quiera como causa más probable un episodio de abuso sexual.

8.- En el caso presente la pericial psicológica establece como primera conclusión que: "No se puede emitir una valoración acerca de la credibilidad del testimonio de la menor Isabel, sobre la supuesta situación de abuso sexual denunciada, a razón de que no emitió propiamente un relato que permita en rigor la aplicación de la técnica de análisis de credibilidad del testimonio.

Por otra parte pone de relieve que a la niña, su madre, le preguntó muchas veces si la tocaba, pudiendo haber influido para que la niña de forma inconsciente responda que sí.

De sus explicaciones en la vista no se evidencia, a juicio de la Sala, un rechazo de la menor hacia su padre.

9.- En cuanto al informe de la Sra. médico forense, establece las siguientes dos conclusiones:

a.- La menor Isabel no presenta en el momento actual (19-6-2015) lesiones claramente compatibles con abuso en sus genitales.

b.- Que la menor presenta Mollusco en genitales y zona superior de glúteos, y puesto que la duración de estas lesiones suele ser de mínimo 2 o 3 meses para su desaparición espontánea, y que habitualmente requiere para la desaparición total de todas las lesiones unos 6 a 18 meses, es improbable (no imposible), que si el progenitor no las padece en estos momentos ni le han sido tratadas recientemente estas lesiones en consulta de dermatología, haya podido ser causa de contagio de su hija, puesto que la aparición del Mollusco en la niña es muy reciente y no lo había presentado con anterioridad. La causa probable de la aparición del Mollusco en la cara interna de los muslos de la menor sería por su propio rascado al tener vulvovaginitis, frecuente en niñas de esa edad, que producen picor (el contagio vendría en este caso de sus propios dedos).

9.- El relato de la menor, incluyendo lo aceptado por el acusado, lo que acredita es que la lavaba, incluidas zonas genitales y/o erógenas, que la secaba y que le aplicaba un jabón pediátrico con los dedos. Dicha conducta, como ya expusimos, ciertamente podría tener dicho contenido y naturaleza delictivo, pero también puede, perfectamente obedecer a un acto tan cotidiano como el hecho de que un progenitor, cualquiera de ellos, bañe a un hijo o una hija de corta edad, siendo esto socialmente aceptable y aceptado. La necesidad de higiene en general y especialmente en niños de corta edad está fuera de duda y si padece alguna infección, de las que las diagnosticadas a la menor, que no dejan de ser habituales, obligada la aplicación de un remedio.

10.- No se ha acreditado que el acusado empleara indebidamente, o de forma contraria a lo aceptable socialmente, los dedos para lavar a la niña -ésta manifestó que usaba una esponja rosa- o aplicar el jabón pediátrico, y tampoco con la finalidad de obtener una satisfacción sexual. La menor se ha referido a la acción del acusado como que la "arrascaba", y dicha expresión vulgar de rascar o frotar, carece, a falta de otras circunstancias o detalles, de un significado unívocamente penal. La propia niña también lo refiere de ella y de su madre. El que no le gustara o molestara, puede tener una simple explicación, no necesariamente reprochable, como es que el acusado no lo hiciera con suficiente delicadeza, máxime cuando la zona genital se encontraba previamente irritada por la infección que padecía.

11.- No se ha acreditado que las infecciones padecidas por la menor fueran fruto de contagio por parte del acusado.

En consecuencia no es razonable ni lógico descartar por parte del Tribunal a quo, para explicar lo manifestado por la menor, otros significados tan plausibles, incluso diríamos que más, a la vista de los informes periciales, como el que sustenta la acusación, y reducirlo a éste último apoyado en la convicción del tribunal."

En consecuencia, el TSJ en su sentencia analiza la racionalidad en la valoración probatoria, y en base a ello resuelve la apelación con una sentencia absolutoria, dado que las expresiones que usa la menor y los gestos que identifican dicha acción por parte del acusado, no necesariamente tienen una connotación de índole sexual, pudiendo también hacer referencia, en igualdad de significado, a juicio de la Sala al hecho de frotar a la menor ya con la esponja lavarle la zona genital o bien al aplicar la crema, examinando igualmente las testificales y periciales efectuadas concluyendo en la manera que explicita, a considerar que existen otras alternativas igualmente razonables distintas a la hipótesis que justificó la condena.



Lo que debe examinarse en esta sede es si el proceso de valoración de la racionalidad de la prueba ha sido correcto, y en este sentido existen dudas de que los actos que se imputaban al ahora absuelto fueran constitutivos de un delito de abusos sexuales, y no, como se expone de una relación padre-hija en actos propios cuando aquellos están con ellas, destacando los problemas previos que tenía la menor en la zona sexual y su menor edad que pudieran dar lugar a la interpretación que llevó al proceso penal. Lo cierto y verdad es que la explicación razonada que da la sala del TSJ se ajusta a los cánones exigidos de motivación y análisis de la prueba que se ha dispuesto en la sentencia de instancia para dictar la sentencia absolutoria.

En ese examen, el TSJ ha expuesto y reflejado las máximas de experiencia que es preciso tener en cuenta en este tipo de casos acordes con las relaciones padre-hija y no construir el proceso penal con una presunción de culpabilidad ante las sospechas de que se haya cometido un hecho delictivo, obligando al acusado a probar su inocencia, o combatir meros indicios de sospecha sobre los que la acusación construye la petición de condena.

Debemos recordar que en este tipo de casos cuando no existe prueba directa en el proceso penal, el uso de la prueba indiciaria que se construye por la inferencia de lo que un menor cuenta, o de datos concomitantes como prueba pericial psicológica y forense, o testigos de referencia, requiere una absoluta contundencia en el proceso expositivo, en la secuenciación y numeración de los indicios o datos que concurren. Y ello, a fin de que, afectados por su pluralidad e interrelación puedan ofrecer luz al Tribunal que la refleje en el texto de la fundamentación jurídica. Y aquí debemos hacer una importante referencia, ya que da la impresión que la explicación argumental del tribunal, según lo expone el TSJ, parece responder a la máxima de que la condena lo es por la mejor explicación de lo ocurrido. Y ello no puede sostenerse en el proceso penal cuando la prueba sobre la que se construye la sentencia lo es centrada en prueba indiciaria, o testigos de referencia que tratan de deducir lo que ha ocurrido, operando en caso de duda contra el padre, por cuanto en ausencia de prueba directa y determinante, este recurso a la prueba indiciaria, por inferencias, y con testigos de referencia, exige una contundencia mayor y un volcado expositivo racional de las pruebas relacionadas entre sí que llevan al Tribunal a formar su convicción, pero no operando contra el reo en caso de duda. Y más aún cuando el TSJ en su análisis expositivo ha realizado un detallado examen de la prueba que se ha tenido en cuenta y argumenta entendiendo que se vulneró la presunción de inocencia en tanto en cuanto no había pruebas de cargo relevantes, y entre las que se practicaron se evidenciaron serias dudas de que los hechos hubieran ocurrido como se sostiene por la acusación.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 183.1 y 4 d) del Código Penal".

La parte recurrente insiste en que los tocamientos realizados por el acusado a su hija fueron realizados con el objeto de satisfacer sus deseos sexuales y que los tocamientos en modo alguno tenían por objeto dispensar ningún tipo de medicación o gel de higiene procede a la condena del acusado como autor de un delito de abuso sexual.

Ahora bien, ante este motivo hay que recordar que los hechos probados son los fijados por el TSJ que es la sentencia aquí recurrida en casación. Y estos son los ya expuestos en cuanto a que:

""Probado y así se declara que Luis Angel , cuyos datos de filiación constan, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, tras haber mantenido una relación sentimental y de convivencia con Trinidad , tuvo una hija en común, nacida el NUM000 de 2010, Isabel . Tras separarse judicialmente Luis Angel de Trinidad , le fue reconocido el derecho de visitas a su hija Isabel los fines de semana alternos y todos los miércoles desde que la niña cumplió tres años, a partir de la salida del colegio de la menor hasta las 19:30 horas.

Siendo diagnosticada en el Centro de Salud DIRECCION001 de DIRECCION000 : el 26 de abril de 2012 de "candidiasis" al presentar lesiones blanquecinas en región genital con irritabilidad; el 12 de enero de 2015, de vulvovaginitis; el 11 de mayo de 2015 presentó moluscos en zona del coxis, brazos y zona genital; y el 11 de junio de 2015 presentó "vulvovaginitis y sinequia vulvar de unos 2 cm que cubre gran parte del introito vaginal.

NO HA QUEDADO ACREDITADO que Luis Angel sometiera a su hija Isabel , a tocamientos en la zona genital, con ánimo de satisfacer un ánimo libidinoso."

Esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal cuya sentencia llega a casación, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal.



La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, -que aquí es la del TSJ, no lo olvidemos-, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala recurrida, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

Además, en este caso debe recordarse la STS 309/2014, que para casos similares recoge la siguiente doctrina: "Recuerdan las recientes STS 400/2013, de 16 de mayo, y STS 333/2012, de 26 de abril, que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico".

Pero en este caso la redacción de los hechos probados que antes se ha reseñado hace inviable que el juicio de subsunción jurídica nos lleve a una condena, ya que esta propia intangibilidad del hecho probado y la claridad expositiva de los mismos impide una alteración en sede casacional por el correcto juicio absolutorio de subsunción jurídica.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a la recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Dña. Trinidad** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 22 de marzo de 2019, que estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación del acusado D. Luis Angel frente a la sentencia de fecha 20 de marzo de 2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que le absolvió del delito de abuso sexual del que venía siendo acusado. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso, y a la pérdida del depósito constituido. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián